



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO  
(ICADE)

## **Trabajo Fin de Máster**

### **Informe jurídico para MARVELWEISSER INC.**

Autor: Alfonso Lapuerta Albiñana

Máster Universitario en Derecho de Empresa (MUDE)

Tutor: Pablo Sanz Bayón

Curso 2021/2022

## INFORME JURÍDICO

**De:** LAPUERTA ABOGADOS, S.L.P.  
**Para:** MARVELWEISSER INC.  
**Fecha:** 10 en enero de 2022

### ✓ INTRODUCCIÓN

---

El presente informe tiene como objeto el análisis de las cuestiones jurídicas planteadas por MARVELWEISSER INC. (en adelante, “**MARVELWEISSER**” o “**el Cliente**”) así como la recomendación de la estrategia legal a seguir.

### ✓ ANTECEDENTES

---

Los hechos y principales aspectos contextuales facilitados por el Cliente.

### ✓ ANÁLISIS JURÍDICO

---

#### 1. Posibles acciones de DENNA, S.L. en virtud del contrato de distribución suscrito con KVOTHE BEER, S.A. y defensas de las que dispone KVOTHE BEER, S.A. Análisis del peor escenario en el que se podría encontrar KVOTHE BEER, S.A. si decide terminar, en todo caso, el contrato suscrito con DENNA, S.L.

En primer lugar, huelga decir que nos encontramos ante un contrato de agencia entre DENNA, S.L. (en adelante, “**DENNA**”) y KVOTHE BEER, S.A. (en adelante, “**KVOTHE**”), agente y empresario, respectivamente. En este sentido, la regulación legal de este tipo de contrato está contenida en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia (en adelante, “**LCAg**”).

Ante esta situación de terminación anticipada del contrato, el peor escenario en el que se podría encontrar KVOTHE es que DENNA ejercitara las siguientes acciones:

- I. La indemnización por clientela del art. 28 LCAg. Para ello, DENNA debería cumplir los siguientes requisitos: (i) que su actividad anterior pueda continuar produciendo ventajas sustanciales a KVOTHE bien porque haya conseguido nuevos clientes al empresario o por haber incrementado sensiblemente las ventas con la clientela preexistente; (ii) y, que resulte equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran.

Este derecho de indemnización no se genera por la mera resolución del contrato operando de forma automática si no por el cumplimiento de dichos requisitos, acreditando que realmente tras la terminación de esta relación contractual sigue repercutiéndose beneficio, tal y como señala la SAP de Cáceres núm. 449/2003 (Nº Rec 564/2006).

Este importe no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior, tal y como rige el art 28.3 de la LCAg. Así, las SSTS núm. 356/1016 de 30 de mayo de 2016, núm. 404/2015 de 9 de junio de 2015 y núm. 137/2017 de 1 de mayo de 2017 consideran como instrumento de cálculo el margen neto de la ganancia obtenida.

Adicionalmente a los requisitos legalmente previstos, los tribunales (véase la STS núm. 341/2012 de 31 de mayo de 2012) han contemplado la aplicación de tres factores correctores de equidad para aumentar o disminuir la indemnización procedente, siendo:

- i. La importancia de la marca del producto. Esto se refiere a la estimación de la inversión dedicada al marketing y publicidad de marca para valorar en qué medida ha sido crucial la labor del agente para el aumento de las operaciones.
  - ii. La duración de la relación de agencia. Pese a la división jurisprudencial existente, una relación de carácter más prolongado puede ser propensa a recibir una indemnización más alta.
  - iii. La exclusividad del agente. Esto resultaría más perjudicial para DENNA pues estando autorizada para contratar con subdistribuidores este argumento perdería solidez.
- II. La indemnización de daños y perjuicios del art. 29 LCAg. Adicionalmente, al denunciar KVOTHE unilateralmente el contrato de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado a DENNA, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato.

Esto se debe a una de las características principales de esta tipología de contratos: el carácter continuado y estable salvo pacto de tiempo determinado. Esta relación de carácter duradero y permanente propicia que DENNA pudiera haber incurrido en una serie de gastos ante la imprevisibilidad de terminación del contrato.

- III. La indemnización por falta de preaviso al agente del art. 25 LCAg. Sería conveniente analizar si la terminación anticipada si realizó en cumplimiento de los requisitos de preaviso previstos (por escrito y 1 mes por cada año de contrato hasta el máximo de 6 meses salvo que se hubiera pactado uno superior). Los tribunales<sup>1</sup> han indicado que este derecho no opera de manera automática y que, para ser reclamado, ha de ser valorado en el caso concreto atendiendo a los años de relación contractual y el perjuicio sufrido por DENNA, que debe ser real y poder cuantificarse, pudiendo comprender tanto el daño emergente como el lucre cesante.
- IV. Las indemnizaciones del apartado sexto de la Disposición adicional primera de la LCag. Entre ellas se incluyen las indemnizaciones del personal laboral del que haya tenido que prescindir o que, KVOTHE vendrá obligado a adquirir de DENNA todas aquellas mercancías que se hallen en poder de este último, al mismo precio por el que hubieren sido vendidas.

En definitiva, el peor escenario para KVOTHE sería que prosperasen todas estas acciones ejercitadas por DENNA y, consecuentemente, se viera condenado al pago de las mismas.

Por otra parte, las principales defensas que tendría KVOTHE ante el planteamiento de estas acciones serían:

- I. Que concurriera algún supuesto de inexistencia de dichos derechos a la indemnización previsto en el art. 30 LCAg: (i) que KVOTHE hubiera extinguido el contrato por incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales a cargo de DENNA; (ii) que la denuncia fuera instada por DENNA sin causas imputables a KVOTHE; (iii) o, que DENNA hubiera, con el consentimiento de KVOTHE, cedido a un tercero de los derechos y obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agencia.
  - II. Que hubiera prescrito la acción para reclamar la indemnización por clientela o la indemnización de daños y perjuicios por haber transcurrido 1 año desde la extinción del contrato, en virtud del art. 31 LCAg.
- 2. Posibles acciones de KVOTHE BEER, S.A. y NEWCO BUYER, S.L. frente a D. Alberto Montenegro derivadas de su relación con KVOTHE BEER, S.A. y del contrato de compraventa de KVOTHE BEER, S.A.**

---

<sup>1</sup> SSTS núm. 480/2012 de 18 de julio de 2012 y núm. 26/2019 de 17 de enero de 2019.

En primer lugar, cabe recordar que D. Alberto es consejero independiente de KVOTHE y que dicho cargo comprende unas obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, reguladas en el art. 228 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante “**LSC**”), por las que se compromete a desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. En este sentido y, a tenor de los hechos expuestos, tendrá la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social y devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto que hubiese podido obtener. A este respecto, las posibles acciones que podrían interponer KVOTHE y NEWCO BUYER, S.L. (en adelante, “**NEWCO**”) serían:

- I. La acción social de responsabilidad del art. 236 y ss. LSC. D. Alberto, como administrador de la sociedad, responderá frente a ella, los socios y los acreedores sociales, del daño que causara por sus actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. En este sentido, la culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales. Debido a la infracción de no guardar secreto de las relaciones contractuales de KVOTHE a las que tenía acceso en el desempeño de su cargo y por no adoptar medidas para evitar incurrir en situaciones de conflicto de intereses, está creando un claro daño indirecto a la sociedad que podrá ser reclamado mediante esta vía en un plazo de cuatro años desde el momento en que pudo ejercitarse la acción, por la sociedad KVOTHE, previo acuerdo de la junta general, como a solicitud de los socios, es decir, NEWCO.

Además, la jurisprudencia en la STS núm. 221/2018 de 16 de abril de 2018, ha venido exigiendo el cumplimiento de una serie de requisitos para poder ejercer esta acción que aplicados al caso sería: (i) la existencia de un comportamiento activo del administrador, que sería la conducta desleal; (ii) la imputabilidad de dicho comportamiento a D. Alberto; (iii) la calificación de antijurídica de la conducta del administrador, por infringir los deberes de lealtad tipificados en la LSC; (iv) el daño sufrido por la sociedad, puesto que se está conociendo por terceros información privilegiada de sus relaciones jurídicas con otras sociedades; (v) y, la relación de causalidad entre la actuación del consejero y el daño, pues su conducta ha generado la filtración de información que supone un perjuicio a la sociedad.

Por otro lado, una acción individual de responsabilidad del art. 241 LSC tendría menos cabida debido a que habría que justificar que los socios han sufrido un daño directo.

- II. La acción derivada de la infracción del deber de lealtad del art. 232 LSC. Podrán ejercitarse las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad. Esta acción es compatible con la del párrafo anterior e implicará que D. Alberto debe cesar en su conducta de filtración de información privilegiada de KVOTHE y erradicar los efectos que hubiera podido generar, en la medida de lo posible. En este sentido, se podría reconocer una indemnización del daño causado al patrimonio además de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto que hubiera podido obtener.
- III. La acción de cese de D. Alberto como administrador de KVOTHE del art. 223 LSC. Al ser NEWCO el único socio de KVOTHE, habiéndose ejercitado la acción social de responsabilidad y aprobándose por la junta general, no sería necesario ejercitar esta acción como tal puesto que el cese del administrador se produce de manera automática. De esta forma, esta acción estaría prevista para que la ejercieran minorías y se dirigiría contra la sociedad, por lo que entendemos que no sería necesaria en este caso.

Por otra parte, entendemos que en el proceso de compra se realizó la correspondiente *Due diligence* para la investigación y recopilación de potenciales riesgos de KVOTHE y el análisis de su situación económica y financiera. En este sentido, son habituales las cláusulas complementarias de Manifestaciones y Garantías (“*Representations and Warranties*”) por las que el vendedor declara cual es el estado de la sociedad y garantiza tales declaraciones, poniendo de manifiestas los

aspectos que podrían suponer un riesgo o contingencia para el comprador y, consecuentemente, mitigarlos. Así las cosas, habiéndose asegurado NEWCO su postura como adquirente mediante estos instrumentos y al no ponerse de manifiesto el contrato entre KVOTHE y ESPUMAS DE MARBELLA, S.A. (en adelante, “**ESPUMAS DE MARBELLA**”) en el proceso de revisión legal de venta, se estaría incumpliendo dicho clausulado por dar una información incorrecta, lo que podría dar lugar a una serie de consecuencias en función de lo pactado. Estas podrían ser el reajuste del precio de venta, el pago de una indemnización concreta o acudir a las legalmente previstas que analizaremos a continuación:

- I. La acción de responsabilidad por incumplimiento contractual de los arts. 1.101 y siguientes del Código Civil (en adelante, “**CC**”). En este sentido, NEWCO podría alegar<sup>2</sup> que D. Alberto incurrió en dolo o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, cuya consecuencia sería la indemnización de los daños y perjuicios causados. Para que prosperara dicha acción y existiera responsabilidad deben concurrir y acreditarse los siguientes requisitos establecidos por la jurisprudencia:
  - i. Que exista una relación jurídica o contractual entre las partes. En este caso, el contrato de compraventa de KVOTHE.
  - ii. Que dicha relación se haya incumplido de manera total o parcial en alguna de sus obligaciones, es decir, en la omisión de información en el proceso de venta. Aquí entra en juego la posible culpabilidad o negligencia del deudor, consistente en omitir la diligencia exigible en el caso concreto que, como mínimo será la que correspondería a un buen padre de familia.
  - iii. Que el incumplimiento resulte de la falta de diligencia o previsión.
  - iv. Que se haya generado un daño o perjuicio que pueda repararse y cuantificarse.En relación con esto último, en virtud del art. 1.124 CC, NEWCO podría exigir la resolución del contrato de compraventa, teniendo derecho al resarcimiento de daños y abono de intereses.
- II. Asimismo, cabría pensar en el planteamiento de las acciones conocidas como edilicias, es decir, la “*quantis minoris*” o estimatoria y la redhibitoria o resolutoria, previstas en el art. 1.484 y ss. CC. Este tipo de acciones están previstas cuando la cosa enajenada adolece de vicios o defectos ocultos, que hacen que, de haberlos conocido previamente el comprador no la habría adquirido o hubiera pagado menos precio por ella. En estos casos, debe el vendedor responder del saneamiento de estos vicios o defectos ocultos, aunque los ignore. Así, podemos distinguir:
  - i. El ejercicio de la acción estimatoria o “*quantis minoris*” permitiría a NEWCO una rebaja en el precio de la compraventa, reduciéndolo proporcionalmente, por haber perdido cierto valor la cosa vendida. El contenido del contrato se seguiría sosteniendo, pero ajustándose el precio al defecto que opera en dicha cosa vendida. La ratio de esta acción no es indemnizatoria sino de restablecimiento de la equidad contractual<sup>3</sup>.
  - ii. La acción redhibitoria o resolutoria, permitiría solicitar la rescisión de la compraventa y, a tenor de la jurisprudencia, en la STS de 17 de julio de 1987 y SSTS de 3 de febrero y 30 de diciembre de 1986, no resulta incompatible con las denominadas generales de los arts. 1.101 y ss. del CC, examinadas anteriormente, que prevén una indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, consideramos difícil que prosperasen dichas acciones debido a que, la omisión de un contrato que otorgaba derechos de distribución en exclusiva en la zona de la Costa del Sol tenga la suficiente entidad o gravedad que supongan que la sociedad vea afectada su valor o resulte inservible. Además, cabe decir que están sujetas al plazo de prescripción de 6 meses.

<sup>2</sup> Sujeta al plazo de prescripción de 5 años (Art. 1.964.2 CC).

<sup>3</sup> SSTS núm. 757/2007 de 21 de junio de 2007 y núm. 865/2003 de 25 de septiembre de 2003

### **3. Posibles acciones de D. Alberto Montenegro frente a NEWCO BUYER, S.L., CHETAE, S.L. o MARVELWEISSER INC. como miembro del consejo de KVOTHE BEER, S.A.**

El consejo de administración de KVOTHE está constituido por D. Tyler Barron, a propuesta de MARVELWEISSER; D. Pablo Aguirebengoa, a propuesta de CHETAE, S.L. (en adelante, “CHETAE”); y, D. Alberto Montenegro, a propuesta de ambas sociedades como consejero independiente. En este sentido, éste último no tendría ninguna acción posible frente a dichas sociedades puesto que los cargos del consejo de administración lo ostentan las mencionadas personas físicas.

Así las cosas, la única opción que tendría D. Alberto sería la de impugnar los acuerdos del consejo de administración en virtud del art. 251 LSC en relación con el art. 204 LSC, en caso de adoptarse acuerdos contrarios a la Ley, que se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social.

De esta forma, D. Alberto tendría que justificar que se están imponiendo acuerdos de manera abusiva por la mayoría, que no responden a una necesidad razonable de KVOTHE sino al interés propio e injustificado del resto de administradores.

#### **4. Considerar:**

##### **a) Proceso que debería de llevar a cabo CHETAE, S.L. para ejercitar la opción de venta contenida en el contrato de socios suscrito con NEWCO BUYER, S.L.**

La opción de venta es un instrumento que daría derecho a CHETAE a vender sus participaciones de NEWCO a MARVELWEISSER sometido al cumplimiento de la condición suspensiva de que los resultados de KVOTHE, en tres años consecutivos sean inferiores al plan de negocio adjunto a dicho contrato de socios.

El medio para articular este derecho sería mediante una cláusula insertada en el pacto de socios de NEWCO y CHETAE. De esta forma, tal y como ha reiterado la jurisprudencia en las SSTS de 8 de marzo y 13 de noviembre de 1991, STS de 22 de diciembre de 1992 y STS de 14 de febrero de 1995, no puede faltar ningún elemento esencial en dicho pacto de socios y deben quedar estipulados de manera clara e inequívoca todos los requisitos necesarios para que, en este caso, se produzca la venta de dichas acciones.

En este sentido, teniendo en cuenta los datos que disponemos, hay ciertos aspectos que resultan claramente identificables: (i) el contenido del acuerdo: la opción de venta ejercitable por CHETAE de todas sus participaciones de NEWCO; (ii) el objeto contractual: las participaciones de NEWCO que ostenta CHETAE; (iii) las partes de la posible compraventa: CHETAE, como vendedor y MARVELWEISSER, como comprador; (iv) y, la condición suspensiva la que se encuentra sometida la opción de venta: que los resultados financieros de KVOTHE en tres años consecutivos sean inferiores al plan de negocio adjunto a dicho contrato de socios.

Además, también resultaría necesario incluir en dicho pacto de socios el plazo para el ejercicio de esta opción, si cabe la modificación del pacto, el precio estipulado para la venta o su fórmula de cálculo o la forma de notificación CHETAE en caso de ejercitar esta opción, entre otros términos.

En definitiva, teniendo en cuenta que estas cuestiones resultan de interés a ambas partes, deben quedar bien fijadas para que no queden concedidas de modo unilateral a ninguna de las partes.

Finalmente, en lo que al proceso para ejercitar la opción de venta se refiere, habrá de acudir a lo regulado en dicho pacto de socios. En defecto de pacto, al ser NEWCO una SL y ambas sociedades (CHETAE y MARVELWEISSER) socias de NEWCO, a no ser que los estatutos dijeran lo contrario, no sería necesario si quiera la aprobación de dicha transmisión por la junta general y bastaría con la inscripción en escritura pública ante notario.

Por el momento, aunque el resultado del ejercicio 2020 fuera inferior al plan de negocio de la sociedad, sería necesario que los resultados de los dos próximos ejercicios también lo fueran para que se cumpliera dicha condición suspensiva que es la que da origen a la opción de venta. En este sentido, CHETAE todavía no está legitimada para iniciar tal proceso.

## **b) Ley aplicable al contrato de socios, en caso controversia, si no procediera la opción de venta**

Para la determinación de esta cuestión deberemos tener en consideración diferentes textos normativos: institucionales, convencionales y estatales.

Para ello, el análisis deberá comenzar por la posibilidad de aplicar las normas institucionales por el principio de primacía de la UE con el análisis del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, más conocido como Reglamento Roma I, para comprobar el cumplimiento de sus ámbitos de aplicación:

En primer lugar, atendiendo al ámbito material, según su art. 1.1 se aplica a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil. Sin embargo, con arreglo al art. 1.2.f) se excluyen del ámbito de aplicación del presente reglamento: *“las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, así como la responsabilidad personal de los socios y administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas.”*. De esta forma, un contrato de socios que contiene una opción de venta sería una materia excluida y aunque se cumplan el ámbito temporal (desde el 17 de diciembre de 2009) y espacial (carácter erga omnes), al no cumplirse este criterio material, podemos concluir que no resulta de aplicación el Reglamento Roma I.

Tras esto, acudiendo a los textos convencionales, no encontramos ningún convenio internacional bilateral entre Estados Unidos y España o multilateral en el que participaran ambos, que pudiera ser aplicable.

Finalmente, como norma estatal, debemos acudir al CC, concretamente a su art. 10.5, por el cual se establece que se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a la que expresamente se hayan sometido las partes, en su defecto, la ley nacional común de las partes, en su defecto, la ley del lugar de residencia común de las partes y, subsidiariamente, la ley del lugar de celebración del contrato. En este caso, no se pactó expresamente a qué ley se sometían, no hay ley nacional común a las partes y la residencia de una persona jurídica es España y de la otra persona jurídica es Estados Unidos. Por tanto, al no resultar aplicables los tres primeros criterios, aplicamos en último término, la ley del lugar de celebración del contrato. Como el contrato se celebró en España, la ley aplicable será la ley española.

## **5. Complicaciones que podrían derivarse para KVOTHE BEER, S.A. del contrato suscrito por ESPUMAS DE MARBELLA, S.A.**

### **a. Acciones de ESPUMAS DE MARBELLA, S.A. frente a MARVELWEISSER INC.**

En primer lugar, debemos diferenciar los contratos existentes entre las partes. Mientras que entre KVOTHE y DENNA rige una relación contractual de agencia, entre KVOTHE y ESPUMAS DE MARBELLA, se asume un contrato de concesión sobre la zona de la Costa del Sol. Este tipo de contrato es de carácter atípico en nuestro ordenamiento jurídico y, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han debatido si es posible extender analógicamente la regulación del contrato de agencia al contrato de concesión.

Así las cosas, el concesionario asume unos riesgos directos al adquirir la propiedad de los objetos distribuidos (los 3.000.000.-€ anuales de productos de KVOTHE a lo largo de 10 años) y actúa en nombre y por cuenta propia.

De todas formas, la extinción del contrato de agencia entre KVOTHE y DENNA no supone la del contrato de concesión mercantil entre KVOTHE y ESPUMAS DE MARBELLA. Por esto, ante la subsistencia de este último contrato y la inexistencia de relación contractual entre ESPUMAS DE MARBELLA y MARVELWEISSER, no podría verse afectado este último y las acciones debieran dirigirse frente a KVOTHE, en todo caso.

Por otra parte, caso distinto sería si KVOTHE extinguiera anticipadamente también su contrato con ESPUMAS DE MARBELLA. Así, ante el desconocimiento de la regulación negocial de las partes, en los casos en que no se excluya la indemnización por nueva clientela podemos acudir analógicamente a la misma establecida en el art. 28 LCag, como explicamos en apartados anteriores.

En este sentido, MARVELWEISSER tampoco es parte de la relación contractual por lo que la única opción de ESPUMAS DE MARBELLA sería ejercitar una acción de responsabilidad extracontractual prevista en el art. 1.902 y ss. CC, debiendo acreditar ESPUMAS DE MARBELLA la relación causal entre la acción y el daño sufrido.

Por último, en relación con esta acción, podría alegarse la teoría del levantamiento del velo, por la que MARVELWEISSER se hubiese configurado, de forma abusiva, como una persona jurídica distinta de los miembros que la conforman, dejando a salvo el patrimonio de los socios y eludiendo la aplicación de las normas de responsabilidad que le correspondiera, bajo el amparo de la propia configuración de la persona jurídica. No obstante, consideramos que, en ningún caso, existiría tal riesgo y que sería difícil que prosperase una reclamación de responsabilidad extracontractual.

**b. Derechos de reclamación de NEWCO BUYER, S.L. frente a D. Alberto Montenegro o DENNA, S.L. porque la existencia del contrato entre KVOTHE BEER, S.A. y ESPUMAS DE MARBELLA, S.A. no se puso de manifiesto durante el proceso de compra de KVOTHE BEER, S.A. porque, según parece, dicho contrato estaba en poder de DENNA, S.L. y no había sido entregado a NEWCO BUYER, S.L. durante el proceso de revisión legal de KVOTHE BEER, S.A.**

En primer lugar, son varias las acciones que podría ejercitar NEWCO frente a D. Alberto por aquella omisión de la información total de las relaciones jurídicas de KVOTHE durante el proceso de revisión legal para su compra. En este sentido, es preciso remitirnos a la cuestión segunda del presente informe donde se detalla con mayor profundidad el alcance y posibilidad de dichas acciones.

Con ánimo de no ser exhaustivos o reiterativos, cabe recordar que, en primer lugar, deberían analizarse los respectivos documentos de *Due diligence* y el clausulado pertinente de proceso de revisión legal acerca de las posibles “Manifestaciones y Garantías” que se hicieran al respecto y las consecuencias previstas, así como los derechos de indemnización, rebajas de precio o garantías ofrecidas. Por otra parte, podría acudir a las acciones de responsabilidad por incumplimiento contractual de los arts. 1.101 y 1.124 CC, que darían lugar a la resolución del contrato junto con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios o a las acciones edilicias de los arts. 1.484 y ss. CC por los vicios ocultos, que podrían dar lugar a una rebaja del precio o a la resolución del contrato junto con una indemnización de daños y perjuicios<sup>4</sup>.

Por otra parte, como NEWCO antes de la compraventa no tenía relación contractual alguna con DENNA, únicamente podría intentarse iniciarse la vía extracontractual. Esta omisión de información del contrato, mediando culpa o negligencia obligaría a DENNA a reparar el daño causado, en virtud de

---

<sup>4</sup> Teniendo en cuenta los plazos de prescripción de 5 años para la responsabilidad civil contractual y 6 meses para las acciones edilicias.

los arts. 1.902 CC y ss. Para ello, NEWCO debería probar la relación causal entre la acción (la omisión del contrato existente entre DENNA y ESPUMAS DE MARBELLA a la hora de realizar la revisión legal de KVOTHE) y el daño sufrido (desconocimiento de la información completa acerca de los riesgos y contingencias que pudieran derivarse de la operación, así como reclamaciones futuras en las que pudiera verse obligado a responder solidariamente), que debe ser cierto, directo y personal.

**c. Consecuencias de la entrega de información a ESPUMAS DE MARBELLA, S.A. por D. Alberto Montenegro.**

Esta entrega de información tendría consecuencias porque el cargo de consejero de KVOTHE que ostenta D. Alberto, implica una serie de obligaciones básicas como las derivadas del deber de lealtad, reguladas legalmente en el art. 228 LSC. Concretamente, está obligado a guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

Por estos motivos, debemos igualmente remitirnos a la cuestión segunda del presente informe, confirmando que podrían ejercitarse frente a D. Alberto, la acción social de responsabilidad por KVOTHE (pudiendo ser a instancia de NEWCO, como socio) que tras su aprobación en junta general conllevaría el cese automático de su cargo, así como la acción derivada de la infracción del deber de lealtad, relativas a la cesación y remoción de su conducta junto con la indemnización del daño causado al patrimonio y devolución a la sociedad del enriquecimiento injusto que hubiera podido obtener.

**6. Si de cara al consejo del 30 de noviembre de 2021 de KVOTHE BEER, S.A.:**

**a. D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa pueden adoptar acuerdos pese a la ausencia de D. Alberto Montenegro.**

Para resolver esta cuestión, teniendo en cuenta que KVOTHE es una sociedad anónima y su modo de organizar la administración es el consejo de administración debemos acudir a los arts. 247 y 248 LSC, acerca de la constitución del consejo de administración y la adopción de acuerdos por este órgano.

Dicho consejo de administración está constituido por 3 miembros, por lo que, habiendo acudido D. Tyler y D. Pablo a la reunión, presentes o representados, al ser mayoría de los vocales, el consejo de administración quedaría válidamente constituido. Además, para la adopción de acuerdos se necesita mayoría absoluta de los consejeros concurrentes, por lo que, si D. Tyler y D. Pablo estuvieran conformes con el acuerdo que se somete a votación, se adoptaría válidamente pese a la ausencia de D. Alberto.

**b. D. Tyler Barron y D. Pablo Aguirrebengoa pueden adoptar acuerdos pese a que D. Alberto Montenegro comparezca y vote en contra de cualquiera de los puntos del orden del día.**

Como veníamos diciendo, en las sociedades anónimas los acuerdos se adoptan por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión, conforme al art. 248 LSC. En este sentido, D. Tyler y D. Pablo constituyen mayoría absoluta frente a D. Alberto y podrían adoptar acuerdos pese a la oposición de este último.

**c. D. Alberto Montenegro, tiene plenos derechos a comparecer al consejo dada la situación.**

Por su condición de consejero de la sociedad tendría el deber de asistencia a la junta general, establecido en el art. 180 LSC. Sin embargo, al ser D. Alberto propietario al 100% de DENNA y, estar previsto según el orden del día, la deliberación y acuerdo acerca de la terminación anticipada del

contrato de distribución firmado con DENNA, nos encontramos ante una clara situación de conflicto de interés. Por esto, según los arts. 228.c) y 229 LSC, D. Alberto debería comunicar a D. Tyler y D. Pablo su situación de conflicto directo que tiene con el interés de la sociedad y deberá de abstenerse de participar en la deliberación y votación de este acuerdo, deduciéndose su voto del cómputo de la mayoría necesaria.

Además, para el caso en que se decida su cese o mantenimiento como administrador, aunque no esté previsto en el orden del día, no aplicará este deber de abstención, por lo que sí tendrá derecho a voto.

- d. Si el consejo puede adoptar, pese a no estar en el orden del día, un acuerdo para exigir responsabilidades a D. Alberto Montenegro. En el caso negativo, alternativas de MARVELWEISSER INC. para emprender una acción legal ante D. Alberto Montenegro a raíz de su actitud.**

Según el art. 160.b) LSC, es competencia de la junta general de accionistas el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de los administradores. Por tanto, podemos concluir que esta decisión no es competencia del consejo de administración sino de la junta general de accionistas, que deberán deliberar y acordar esta decisión.

En este sentido, MARVELWEISSER, siendo socia de NEWCO y esta última sociedad ostentar el 100% de KVOTHE, reuniría la mayoría necesaria para instar la solicitud de la acción de responsabilidad social del art. 236 y ss. LSC por la actuación lesiva al interés social de D. Alberto. Este acuerdo se debería adoptar por la junta general, debiéndose convocar una junta general extraordinaria a tal efecto. Esto implicaría el cese automático de D. Alberto como consejero sin necesidad de una acción de cese de administrador.

De nuevo, como hemos comentado previamente, podría igualmente interponerse las acciones derivada de la infracción del deber de lealtad del art. 232 LSC, relativas a la cesación y remoción de su conducta junto con la indemnización del daño causado al patrimonio y devolución a la sociedad del enriquecimiento injusto que hubiera podido obtener.

**7. Respecto a los 15 empleados que D. Alberto Montenegro ha mencionado en su burofax, cuál es la situación de KVOTHE BEER, S.A. y qué riesgos conlleva lo realizado en su momento.**

En primer lugar, el primer riesgo que encontramos sería la consideración de este caso como una cesión ilegal de trabajadores contemplada en el art. 43.2 ET. Para que así fuera considerada, debieran concurrir alguna de las siguientes circunstancias: (i) que el objeto de los contratos de servicios entre KVOTHE y DENNA se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria; (ii) que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable; (iii) que la empresa cedente carezca de los medios necesarios para el desarrollo de su actividad; (iv) o, que la empresa cedente no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

Las consecuencias serían las siguientes: (i) la responsabilidad solidaria de MARVELWEISSER de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social; (ii) el derecho de los trabajadores a adquirir la condición de fijos, a su elección, en KVOTHE o DENNA, teniendo los derechos y obligaciones que correspondieran en condiciones ordinarias a un trabajador que prestara servicios en el mismo puesto de trabajo o equivalente; (iii) y, la posibilidad de que se impongan sanciones administrativas, e incluso sanciones penales en los casos más graves.

A este respecto, consideramos que no se ajustan las mencionadas circunstancias al relato fáctico por lo que no tendría consecuencia alguna para MARVELWEISSER.

Por otra parte, la posibilidad de que se considerase la existencia de un grupo de empresas patológico, que se trata de una creación doctrinal y jurisprudencial mediante la que se pretende determinar la responsabilidad de las distintas empresas de un mismo grupo empresarial respecto de las obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores.

En este sentido, el TS ha establecido la distinción entre la “confusión de plantillas” y la “mínima intercomunicación laboral”, indicando que esta última puede estar presente en una sociedad y cuya trascendencia se rechaza mediante la doctrina de la “insignificancia” puesto que la primera se reserva a aquellos supuestos de verdadera ocultación o fraude. Así, que ciertos trabajadores hubieran prestado de forma simultánea servicios para ambas durante un período de tiempo y para dichas tareas específicas no tiene la suficiente relevancia para la consideración de confusión de plantillas.

Analizado este segundo riesgo, consideramos que no se podría extender la responsabilidad solidaria a MARVELWEISSER pese a que debe tenerse en cuenta, debido a la ausencia de regulación legal y la existencia pronunciamientos dispares por la jurisprudencia.

#### **8. Impacto de la afirmación de BANKSUISSE, S.A. acerca de que la hipoteca no es conforme a derecho para la inscripción de la hipoteca, para su validez y para la operación en su conjunto.**

En primer lugar, debemos saber que para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere que se hayan constituido en escritura pública y que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad, según el art. 145 LH. Adicionalmente, en virtud del art. 159 LH, las hipotecas legales necesitan la inscripción del título en cuya virtud se constituyen para que queden válidamente establecidas.

De esto podemos deducir que la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad tiene carácter constitutivo y es mayoritaria la corriente doctrinal que se muestra a favor de dicha interpretación sistemática de los preceptos legales. En este sentido, esta omisión implicaría la nulidad de la hipoteca por la contravención de ley imperativa. Así, sólo con la inscripción, BANKSANVA, S.A. podría acudir al procedimiento especial directo sobre los bienes hipotecados, pero necesitaría de escritura pública para iniciar cualquier ejecución.

Sin embargo, existe otra corriente doctrinal que a pesar de considerar que la inscripción de la hipoteca es constitutiva, establece que la hipoteca no inscrita tiene efectos y es oponible entre las partes y frente a terceros de mala fe. En este sentido, BANKSUISSE, S.A. es concedor de la no inscripción de la hipoteca entre BANKSANVA, S.A. y NEWCO por lo que no podría intentar que se otorgara en su favor la hipoteca sobre dicho inmueble en lo relativo a su línea de financiación de circulante a KVOTHE y, ante posibles reclamaciones sería considerado tercero de mala fe.

Por otra parte, si bien se recomendaría la inscripción de la hipoteca debemos tener en cuenta que se está incurriendo en un supuesto de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias. Es decir, a tenor del art. 150 LSC, KVOTHE no podría prestar garantías para la adquisición de sus acciones por NEWCO. A pesar de que la hipoteca se constituya transcurridos 6 meses desde la compraventa de KVOTHE, esto no resulta impedimento para la consideración de que no se puede garantizar la operación con un activo propio.

Las consecuencias implicadas resultan de una interpretación “restrictiva” ofrecida por la jurisprudencia en la que se establece que el alcance de la nulidad será del negocio mediante el que se presta la asistencia financiera prohibida, es decir, la financiación mediante préstamo de BANKSANVA, S.A. pero no se extenderá de ninguna manera a la compraventa. De hecho, que afectara a dicha financiación no es del todo claro puesto que NEWCO, CHETAE y MARVELWEISSER otorgaron tres garantías adicionales a favor de BANKSANVA, S.A.

Por último, podría considerarse la opción de realizar una fusión apalancada o “*Forward Merger Leveraged Buy Out*” entre KVOTHE y NEWCO que salvara la prohibición de asistencia financiera comentada. Tras esta operación, los patrimonios de ambas sociedades quedarían integrados en la sociedad resultante. Con la inscripción de la fusión se extinguirían ambas sociedades y se asumirían por sucesión universal todos los derechos y obligaciones. La deuda de la adquisición se integraría en el pasivo de la sociedad absorbente, viendo esta última incrementado su capital para atender al canje de acciones de la sociedad absorbida. Finalmente, sería la sociedad absorbida la que sostiene la financiación de la adquisición formalizada. Con todo ello, debiera realizarse la inscripción de dicha hipoteca.

## 9. Estrategia legal recomendada

Teniendo en cuenta la posibilidad de adoptar mayorías en el seno del consejo de administración sin la aprobación favorable de D. Alberto, lo principal sería llevar a cabo la deliberación de los diferentes acuerdos propuestos en el orden del día y adoptar los que se consideraran convenientes. En cuanto a los acuerdos que debieran ser aprobados por la junta general de socios de KVOTHE (NEWCO), sería conveniente que CHETAE mostrara conformidad con los mismos para poder adoptar acuerdos con las mayorías suficientes.

La conducta de D. Alberto conlleva la posibilidad de ejercitar las mencionadas acciones de responsabilidad por el daño al interés social sufrido, lo que implicaría el cese inmediato de su cargo como consejero independiente de KVOTHE además de solicitar las indemnizaciones por el daño causado al patrimonio y devolución a la sociedad del enriquecimiento injusto que hubiera podido obtener. A este respecto, convendría analizar en qué medida conviene a los intereses de la sociedad su cese como consejero independiente, debido a su gran experiencia y conocimiento del sector.

Por último, ante la opción de fusión entre KVOTHE y NEWCO planteada en el orden del día de la reunión del consejo de administración, podría valorarse la fusión apalancada que hemos comentado como forma de salvar la prohibición de asistencia financiera.

**Alfonso Lapuerta Albiñana**  
Socio director



Evaristo San Miguel, 13 4ª planta. 28008 Madrid  
T +34 93 321 74 82  
F +34 93 419 33 90  
<http://www.lapuertaabogados.com/>